

“Burgemeester heeft Maastrichtse coffeeshop onterecht gesloten”

Met die woorden wordt op de internetsite www.raadvanstate.nl melding gemaakt van de uitspraak die op woensdag 29 juni 2011 door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna de Afdeling genoemd) in de procedure van de burgemeester van Maastricht tegen de Maastrichtse Coffeeshop Easy Going in hoger beroep is gedaan.

Waar ging deze zaak ook alweer over?

Op verzoek van de toenmalige minister van Justitie Donner werd in Maastricht bij wijze van proef de lokale wetgeving aangepast. Doel hiervan was om te bekijken of het juridisch mogelijk is om buitenlanders uit Nederlandse coffeeshops te weren.

Volgens artikel 2.3.1.3e, eerste lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening van de gemeente Maastricht (hierna APV) is het de houder van een coffeeshop verboden andere personen dan ingezetenen (lees buitenlanders) in de inrichting toe te laten of daarin of aldaar te laten verblijven.

De eigenaar van coffeeshop Easy Going te Maastricht, tevens voorzitter van de Vereniging Officiële Coffeeshops te Maastricht, werd aangewezen als juridisch proefkonijn. Hij besloot in overleg met de gemeente Maastricht de lokale wet te overtreden zodat een juridische procedure tot in hoogste instantie kon worden gevoerd. Op zijn uitnodiging constateerde de politie tot tweemaal toe dat hij in zijn coffeeshop toegang verleende aan buitenlanders.

De burgemeester nam naar aanleiding van deze overtredingen het besluit coffeeshop Easy Going voor de duur van drie maanden te sluiten. Hiertegen werd verweer gevoerd.

Het verweer van de eigenaar van Easy Going was glashelder. “Ik weiger te discrimineren”. Hij wees hierbij op de Grondwet. Artikel 1 van deze wet luidt: “allen die zich in Nederland bevinden worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan”.

De vragen van de Afdeling aan de Europese rechter

Aan de uitspraak van de Afdeling ging een procedure vooraf bij de Europese rechter. Bij verwijzingsuitspraak van 8 april 2009 had de Afdeling in deze zaak het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wijze van prejudiciële beslissing verzocht uitspraak te doen op een aantal vragen.

De Afdeling wilde onder andere weten of; “een verbod tot toelating van niet-ingezetenen tot coffeeshops een geschikt en proportioneel middel vormt om het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast terug te dringen”.

Als advocaat van Easy Going heb ik de Afdeling er tevergeefs op gewezen dat deze vraag naar mijn mening niet volledig recht doet aan de feiten. Wat is “het drugstoerisme”? In de gemeentelijke beleidsnota lezen we dat in de gemeente Maastricht overlast wordt ondervonden van drugstoerisme.

De nota maakt duidelijk dat dit drugstoerisme niet alleen een gevolg is van de vele buitenlandse bezoeken aan de 14 gedoogde coffeeshops in Maastricht, maar ook uit de bezoeken van de naar schatting 80 - 120 illegale verkoopadressen van zowel soft- als harddrugs.

De politie registreert alcohol- en drugsoverlast onder een en dezelfde noemer.

Daardoor is er totaal geen zicht op aan wie er overlast kan worden toegeschreven en welke overlast dit dan betreft. De gemeente Maastricht erkent in de beleidsnota uit 2005 dat overlast beter dient te worden gedifferentieerd. Sindsdien is er echter niets veranderd in de wijze waarop overlast wordt geregistreerd.

De Uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie

Bij arrest van 16 december 2010 in zaak C-137/09 heeft het Hof de vragen van de Afdeling beantwoord.

Het Hof riep in herinnering dat de schadelijkheid van verdovende middelen, waaronder henneproducten, zoals cannabis, algemeen is erkend, zodat de verhandeling ervan in alle lidstaten verboden is, afgezien van een strikt gecontroleerd handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden.

Geredeneerd naar nationaal recht is dit in mijn ogen een dooddoenertje. In de in de Staatscourant gepubliceerde Aanwijzing Opiumwet van het Openbaar Ministerie lezen we dat coffeeshops worden gedoogd omdat daarmee een hoger belang, namelijk het scheiden van de drugsmarkten, wordt gediend. De Aanwijzing Opiumwet moet volgens de Hoge Raad der Nederlanden worden aangemerkt als recht waar de burger een rechtstreeks beroep op kan doen.

Feit is dat in Nederland al vele jaren lang coffeeshops deelnemen aan het economisch verkeer. Coffeeshophouders hebben personeel in dienst en moeten over hun personeelsleden loonbelasting en sociale premies afdragen. Over de gerealiseerde winsten dragen coffeeshophouders Inkomstenbelasting en (indien van toepassing) Vennootschapsbelasting af. Zowel de Centrale Raad van Beroep als de belastingkamer van de Hoge Raad behandelen de coffeeshouder zoals iedere andere ondernemer. De erkenning van de coffeeshop als normale onderneming blijkt ook uit het feit dat een bank de bankrekening van een coffeeshouder niet mag opzeggen zonder aanvoering van een goede reden daartoe.

Van deze typisch Nederlandse praktijk wil het Hof niets weten. De handel in cannabisproducten (softdrugs) wordt volledig buiten beschouwing gelaten. Waarom? Ik citeer: "het is verboden om verdovende middelen die geen deel uitmaken van een dergelijk strikt gecontroleerd circuit, in het economische en commerciële circuit van de Unie te brengen. Om die reden kan de houder van een coffeeshop zich met betrekking tot de activiteit van verkoop van cannabis niet met een beroep op de verkeersvrijheden of op het beginsel van non-discriminatie verzetten tegen een gemeentelijke regeling als die van het hoofdeding".

Onder de noemer dat wat niet mag er ook niet is, wordt door de Europese rechter eenvoudig voorbij gegaan aan beantwoording van de vraag waar het in deze discussie dus echt om gaat. Bij de beantwoording van de door de Afdeling opgeworpen vragen kwam in Europa feitelijk alleen betekenis toe aan het volstrekt legale kopje koffie. Coffeeshop is door de rechter in Luxemburg kennelijk wel heel erg letterlijk vertaald.

Geredeneerd vanuit de volstrekte legale horeca activiteiten oordeelde het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling niet alleen zichtbare discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden.

Dit is het geval bij een maatregel die als onderscheidend criterium de woon- of verblijfplaats hanteert, omdat dit hoofdzakelijk ten nadele van burgers van andere lidstaten kan werken, voor zover niet-ingezetenen meestal niet-staatsburgers zijn.

Hiermee straft het Hof de etikettenzwendel van de Nederlandse overheid af. Die dacht met de woordkeuze ingezetenen in plaats van buitenlanders discriminatie te kunnen verbergen. Het Hof onderzocht op dit punt de feitelijke bedoeling en constateerde terecht dat ook verkapte discriminatie niet is toegestaan.

Vervolgens onderzocht het Hof of een dergelijke beperking (lees discriminatie) objectief kan worden gerechtvaardigd door legitieme belangen die door het Unierecht zijn erkend.

Het Hof stelde vast dat de in de APV van Maastricht opgenomen bepaling “beoogt een einde te maken aan de overlast die wordt veroorzaakt door het grote aantal toeristen dat in coffeeshops in de gemeente Maastricht cannabis wil kopen of gebruiken. Volgens de informatie die de Burgemeester van Maastricht ter terechtzitting heeft verstrekt, trekken de veertien coffeeshops in deze gemeente ongeveer 10 000 bezoekers per dag en iets meer dan 3,9 miljoen bezoekers (AB: moet zijn bezoeken) per jaar, waarvan 70 % niet in Nederland woonachtig is”.

Zonder ook maar enige feitelijke onderbouwing wordt hier de complete drugsoverlast toegeschreven aan de buitenlandse bezoekers van de Maastrichtse coffeeshops. Hier werkt het Hof niet met feiten, maar met ficties!

Toen ik dit in mijn pleidooi bij de Afdeling uitsprak, werd mij er fijntjes aan herinnerd dat ik hier wel sprak over de hoogste Europese rechter. Als advocaat moet je dan vooral veel respect tonen. Dat doe ik graag. Ik stel respectvol vast dat het Hof het navolgende (letterlijk) heeft overwogen:

“angaande de mogelijkheid tot vaststelling van maatregelen die het vrij verrichten van diensten minder beperken, blijkt uit het dossier dat in de gemeenten met een gedoogbeleid ten aanzien van de coffeeshops verschillende maatregelen ter bestrijding van het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast zijn ingevoerd, zoals de beperking van het aantal coffeeshops of van de openingstijden daarvan, de invoering van een pasjessysteem waarmee klanten toegang tot de coffeeshops kunnen krijgen, of de beperking van de hoeveelheid cannabis die per persoon kan worden gekocht. Volgens de door de Burgemeester van Maastricht en de Nederlandse regering verstrekte informatie zijn deze maatregelen echter met betrekking tot het nagestreefde doel onvoldoende en inefficiënt gebleken”.

Voorgaande opsomming van het Hof gaat, ondanks het respect dat het Hof verdient, voorbij aan de werkelijkheid. In Maastricht zijn de openingstijden namelijk niet beperkt, wordt niet gewerkt met pasjes en is geen sprake van een beperking van de verkoophoeveelheid cannabis. Daar komt bij dat iedereen in Maastricht weet dat er een spreidingsplan van coffeeshops op tafel ligt waardoor de verkeersoverlast in het historische centrum naar verwachting kan worden geminimaliseerd. Met andere woorden het is niet noodzakelijk gebleken om in Maastricht te discrimineren!

Uitgaande van ficties oordeelde het Hof dat in die (veronderstelde!) omstandigheden moet worden vastgesteld dat de bewuste APV van Maastricht geschikt is om de verwezenlijking van het doel van bestrijding van het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast te waarborgen, en niet verder gaat dan voor het bereiken daarvan noodzakelijk is.

Op basis van naar mijn mening aantoonbaar onjuiste feiten oordeelde het Hof dat het gerechtvaardigd is om te discrimineren. Het doel om het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast tegen te gaan wordt gezien als een rechtvaardigingsgrond. Andere middelen zouden niet voorhanden zijn.

De Afdeling heeft in rechtsoverweging 2.7 mijn kritiek op de uitspraak van het Hof onder woorden gebracht. Inhoudelijk is niet op die kritiek ingegaan, omdat de Afdeling zich op grond van vaste rechtspraak gebonden acht aan de uitspraak van het Hof.

Degene die mij vraagt hoe het mogelijk is dat in een dergelijke principiële uitspraak een redenering kan worden opgebouwd op evident onjuiste feiten moet ik het antwoord helaas schuldig blijven. Het kan verkeren.

Is de Grondwet van toepassing bij de handel in cannabisproducten?

Volgens de burgemeester van Maastricht (die hierbij is gesouffleerd door het Ministerie van Justitie) is de strekking van artikel 1 van de Grondwet beperkt tot rechtens afdwingbare aanspraken op een legale voorziening. Volgens de burgemeester kunnen niet-ingezetenen niet met een beroep op artikel 1 van de Grondwet bewerkstelligen dat zij in Nederland illegale producten kunnen aankopen die in het eigen woonland niet verkrijgbaar zijn.

De Afdeling heeft deze redenering gelukkig niet overgenomen. Ik citeer de Afdeling:

“het betoog dat artikel 1 van de Grondwet toepassing mist, omdat niet-ingezetenen zijn onderworpen aan een andere rechtsorde dan ingezetenen faalt reeds omdat het in artikel 1 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel blijkens de tekst van die bepaling geldt voor allen die zich in Nederland bevinden”.

Dit is een belangrijke vaststelling. Artikel 1 van de Grondwet is ook in het kader van het coffeeshopbeleid van toepassing. De Grondwet staat discriminatie in beginsel niet toe. Dat betekent dat van geval tot geval zal moeten worden onderzocht of er redenen zijn van dit beginsel af te wijken. De minister van justitie kan in een gemeente waar buitenlandse bezoekers van coffeeshops geen overlast veroorzaken dus geen standaard toegangsverbod voor buitenlanders eisen. Daarvoor moeten goede gronden aanwezig zijn.

De burgemeester heeft zich ook op het standpunt gesteld dat met het ingezetenen criterium een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd, namelijk het tegengaan van het toenemend coffeeshoptoerisme en de daarmee gepaard gaande negatieve effecten op de openbare orde. De coffeeshops in Maastricht trekken 3,9 miljoen bezoeken per jaar. De burgemeester stelt dat de coffeeshops een aanzuigende werking hebben en dat door deze grote toestroom van niet-ingezetenen de openbare orde onder druk staat.

Zo bestaan er verkeer- en parkeerproblemen, ondervinden bewoners overlast wegens lawaai en hinder die worden veroorzaakt door de samenkomst van cannabisgebruikers die in het openbaar drugs gebruiken en ondervinden zij overlast van netwerken uit de georganiseerde criminaliteit in de buurt van de coffeeshops en van dealers en drugsverslaafden.

Naar het oordeel van de Afdeling heeft de burgemeester aannemelijk gemaakt dat de openbare orde in de gemeente Maastricht door de toenemende stroom niet-ingezetenen wordt aangetast en dat die aantasting met het in de APV en het besluit van de burgemeester neergelegde ingezetenen criterium kan worden tegengegaan. De burgemeester heeft verder aannemelijk gemaakt dat met minder verstrekkende maatregelen de openbare orde in de gemeente onvoldoende wordt gewaarborgd.

Hier lijkt de Afdeling voort te borduren op de ficties die aan de uitspraak van het Hof ten grondslag liggen. De eerder benoemde minder verstrekkende maatregelen zijn in Maastricht immers nimmer beproefd.

Bovendien weet niemand of het effect van het spreiden van een aantal Maastrichtse coffeeshops naar de grenzen van de stad er toe kan leiden dat de ervaren (verkeer)overlast van coffeeshoptoeristen in de stad drastisch wordt teruggebracht. Waarom zou het succes dat met verplaatsing van een aantal coffeeshops naar de rand van de stad in Venlo is behaald in Maastricht niet behaald kunnen worden?

Desondanks komt de Afdeling gelet op het voorgaande tot de conclusie dat voor het met het ingezetenen criterium gemaakte indirecte onderscheid naar nationaliteit objectieve en redelijke gronden bestaan, zodat het in de lokale wet opgenomen ingezetenen criterium niet in strijd is met artikel 1 van de Grondwet.

Ik roep in herinnering dat de rechtbank Maastricht geen last had van het bindende advies van het Hof, omdat dit op dat moment nog niet bestond. De rechtbank keek naar dezelfde feiten en oordeelde toen dat de burgemeester niet aannemelijk had gemaakt dat hij min of meer gedwongen werd om te discrimineren.

Als je dit leest, zul je als lezer vast de vraag stellen hoe het nu kan dat de coffeeshop desondanks ten onrechte is gesloten. Daar kan ik kort in zijn.

APV Maastricht in strijd met de Opiumwet

Namens Easy Going heb ik betoogd dat artikel 2.3.1.3e, eerste lid, van de APV onverbindend is wegens strijd met de Opiumwet. Middels een lokale wet mag een uitputtend bedoelde wet zoals de Opiumwet niet worden doorkruist. Het ingezetenen criterium is een vorm van niet toegestane wettelijke regulering op lokaal niveau.

De Afdeling volgde dit betoog en oordeelde dat het in de APV neergelegde ingezetenen criterium wegens strijd met de Opiumwet verbindende kracht ontbeert.

Hoe nu verder?

De burgemeester van Maastricht kan op dit moment geen gebruik meer maken van het ingezetenen criterium in de APV, omdat die wettelijke bepaling onverbindend is verklaard (d.w.z. niet bestaat).

Kan de Opiumwet zodanig worden gewijzigd dat de burgemeester deze wet naar eigen inzicht kan wijzigen of aanpassen?

In theorie is dat mogelijk, maar praktisch gezien is dit onwenselijk. Er ontstaat dan mogelijk een wirwar aan regelgeving. Een wijziging van de Opiumwet kost bovendien veel tijd. Daar dient zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer bij te worden betrokken.

Kan in de Aanwijzing Opiumwet de AHOJG-criteria worden aangevuld met een (ingezetenen)criterium?

Ja, dat kan. Gelet op de uitspraak van de Afdeling kan een dergelijk criterium niet landelijk worden toegepast. Vaststaat immers dat het weigeren van een buitenlander in een Nederlandse coffeeshop moet worden aangemerkt als discriminatie. Die discriminatie is alleen toelaatbaar als aan een aantal strikte voorwaarden wordt voldaan.

Van geval tot geval zal dan ook op lokaal niveau moeten worden onderzocht of er objectieve en redelijke gronden bestaan om maatregelen te treffen tegen buitenlandse bezoekers van coffeeshops.

Om hieraan te voldoen zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat de buitenlandse bezoekers van coffeeshops overlast veroorzaken in een gemeente. Ook zal dan aannemelijk moeten worden gemaakt dat minder verstrekkende maatregelen geen soelaas bieden.

Kan nu een wietpas worden ingevoerd?

Het ministerie van justitie zal hierover nog eens goed moeten gaan nadenken. Hierbij moet worden bedacht dat een wietpas waarschijnlijk al gauw als een doorkruising van de Opiumwet zal worden aangemerkt.

Als je in de Opiumwet ieder handelen met een verdovend middel in beginsel verbiedt, rijst al snel de vraag wie dan bevoegd kan worden geacht een wietpas af te geven. Een wietpas is namelijk een verdere vorm van regulering. De cannabisconsument krijgt een pas in handen die hem of haar als het ware het recht verleent cannabis aan te kopen in een coffeeshop. Als de burgemeester dat soort wietpassen gaat afgeven, zal wellicht met succes kunnen worden betoogd dat deze daartoe niet bevoegd is.

Als de wietpas alleen aan Nederlandse consumenten mag worden afgegeven is sprake van discriminatie. Of die discriminatie geoorloofd is, zal van geval tot geval moeten worden onderzocht. Een simpele verwijzing naar de uitspraak in Maastricht is daarvoor onvoldoende. De situatie in Maastricht zegt immers niets over bijvoorbeeld de situatie in Amsterdam. Er zal sprake moeten zijn van lokaal maatwerk.

Onderzoek naar overlast door deskundigen

In diverse gemeenten zien we dat er onderzoek wordt gedaan naar drugsoverlast. Coffeeshophouders dienen dit soort onderzoeken kritisch tegen het licht te (laten) houden. Sommige wetenschappelijke onderzoekers lijken iedere vorm van drugsoverlast toe te schrijven aan de aanwezigheid van coffeeshops.

De wetenschappers dr. Ben Rovers en prof.dr. Cyrille Fijnaut hebben een meetinstrument voor gemeentelijke drugsoverlast ontwikkeld. Mooi, daarmee kan bepaalde overlast en de mate daarvan dus objectief en wetenschappelijk verantwoord worden vastgesteld? Neen, dat niet! Beide wetenschappers erkennen namelijk ronduit dat het meten van drugsoverlast geen hogere wiskunde is. Zij kiezen in hun meetmethode voor een meetinstrument dat drugsoverlast “in de breedte meet”. Dat betekent naar mijn bescheiden mening dat de verschillende vormen van overlast op een grote hoop worden gegooid. Voor een rechter die werkt met ficties is dat voldoende, maar de rechter die aan het vaststellen van feiten hecht zal hier moeilijk mee uit de voeten kunnen.

Kan opnieuw worden geprocedeerd?

Ja, gelukkig wel! Indien het coffeeshopbeleid in de Aanwijzing Opiumwet en/of op lokaal niveau wordt aangepast, zal dit op enig moment ook moeten worden gehandhaafd. Dat kan langs strafrechtelijke – en/of langs bestuursrechtelijke weg. In beide gevallen kan door de coffeeshophouder gemotiveerd verweer worden gevoerd en een beroep op de onafhankelijke rechter worden gedaan. Van een gelopen race is hierbij zeker geen sprake. In iedere zaak zal de rechter zich immers dienen te baseren op de feiten die hem ter beoordeling zullen worden voorgelegd. Andere feiten kunnen leiden tot andere uitspraken. Kortom, er ligt hier weer een nieuwe uitdaging voor alle betrokkenen.

Mr. Drs. André Beckers (advocaat te Maastricht)
2 juli 2011